

SENADO

DIRECCION GENERAL LEGISLATIVA

SECRETARIA

XLVa. LEGISLATURA
PRIMER PERIODO

CARPETA Nº 145 de 2000

DISTRIBUIDO Nº 105 de 2000

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN

SIN CORREGIR POR LOS ORADORES

MAYO DE 2000

MEJORA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS Y PRIVADOS, DE LA SEGURIDAD PUBLICA Y DE LAS CONDICIONES EN QUE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES PRODUCTIVAS

Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo con declaratoria de urgente consideración

****

Versión taquigráfica de la sesión del día 2 de mayo de 2000

ASISTENCIA

PRESIDE : Senador Yamandú Fau

MIEMBROS : Senadores Alejandro Atchugarry, Guillermo García Costa, Luis A. Heber, Manuel Laguarda, Jorge Larrañaga, Eduardo Malaquina, Manuel Núñez y Enrique Rubio

INVITADO ESPECIAL : Catedrático de Derecho Comercial, doctor Siegbert Rippe

CONCURREN : Senadora Marina Arismendi; Senadores Marcos Abelenda, Alberto Cid, Reinaldo Gargano, Rafael Michelini, Walter Riesgo y Wilson Sanabria; y Secretario del Senado, Mario Farachio

SECRETARIA: Josefina Reissig

AYUDANTE : Gloria Mederos

****

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 15 y 5 minutos)

-Habíamos sido convocados para considerar el informe del doctor Rippe, catedrático de Derecho Comercial, sobre las disposiciones vinculadas a su especialidad que están contenidas en el proyecto de ley que tiene a estudio esta Comisión.

SEÑOR RIPPE.- Agradezco la oportunidad de estar con los señores Senadores, y espero poder colaborar con esta difícil tarea que implica la redacción de una ley que tiene tantas particularidades y capítulos diversos.

En este sentido, se me ha solicitado el punto de vista sobre tres aspectos en particular: en lo relativo a la facilitación de crédito que figura en el Capítulo V, en lo que tiene que ver con las sociedades comerciales, tema contenido en el Capítulo XI, y en lo relacionado con el artículo 23. Sin perjuicio de lo que pueda exponer al respecto, quedo a vuestra disposición para cualquier aclaración o ampliación. Advierto que hay un aspecto que no está incluido en la consideración de lo solicitado, pero que integra una temática muy fuerte en el ámbito del Derecho Comercial que enseñamos en la Facultad, que es, concretamente, todo lo vinculado con el derecho de la competencia, pero en la medida en que no está pedido, quedo a lo que ustedes dispongan sobre el particular.

A continuación me referiré a la facilitación de crédito, tema éste incluido en el Capítulo V del proyecto de ley. En este marco, la facilitación del crédito estaría fundamentalmente orientada a la admisión, en el Derecho nacional, de las sociedades de garantía recíproca, que en el mundo constituyen efectivamente una modalidad para apoyar el financiamiento de las pequeñas y medianas empresas. Cabe destacar que tiene algún antecedente, en términos de proyecto normativo, en alguna Legislatura anterior, basado en la legislación española. Inclusive, en el mercado nacional hay una cooperativa cuyo objeto específico es efectivamente la facilitación del crédito a través de la garantía recíproca.

En el proyecto se plantean dos grandes vertientes instrumentales para desarrollar esta actividad. Por una parte, está la sociedad anónima con algunas limitadas disposiciones y una remisión global a las sociedades anónimas en general, tal como está estructurado el sistema de las sociedades anónimas en la Ley Nº 16.060, con una mención más particularizada al régimen de las sociedades anónimas abiertas previstas en la misma ley. Por otro lado, existe una segunda vertiente instrumental constituida por las cooperativas de garantía recíproca. Con respecto a las posibles formulaciones instrumentales, en principio no tendría observaciones que hacer; corresponde a una tendencia universal en la materia.

De todos modos, corresponde dejar constancia de que en nuestra opinión el capítulo relacionado con sociedades anónimas de garantía recíproca, en sus

propias limitaciones, tiene una normativa definitivamente muy acotada, a la vez que podemos estimar que la remisión genérica al régimen de las sociedades anónimas y, en particular, al de las sociedades anónimas abiertas, puede no ser suficiente para regular este tipo societario. Personalmente, entiendo que la reglamentación se verá limitada en la medida en que difícilmente pueda hacerle decir a la ley lo que ésta no dice. A fin de explicar este aspecto, debo decir que en materia de sociedades anónimas de garantía recíproca, el Derecho Comparado ofrece diversas alternativas instrumentales, de las cuales la más conocida es la ley española. Esta clase de sociedades tiene varias particularidades, y en un cotejo con las disposiciones proyectadas podrán observarse las limitaciones de las propias normas legales. En el esquema comparado, las sociedades anónimas de garantía recíproca son necesariamente sociedades anónimas de capital variable, en donde se produce con relativa facilidad el libre ingreso y egreso de socios. Sin embargo, en nuestro Derecho, una remisión genérica, ya sea a las sociedades anónimas en general o a las abiertas en particular, tiene un inconveniente. En nuestro país no se admiten las sociedades anónimas de capital variable, puesto que no están reguladas de esa manera, ya que el régimen legal se ha orientado de manera permanente hacia sociedades anónimas de capital contractual. Por consiguiente, difícilmente pueda operar ese sistema de libre ingreso y egreso de los socios o accionistas, en la medida en que ello estaría condicionado a las propias posibilidades de la transferencia de las acciones del caso, aún en el caso de acciones nominativas, en tanto tales, que tienen determinadas limitaciones para su fácil trasmisibilidad. En la medida en que no existe la sociedad anónima de capital variable en nuestro Derecho y si, a su vez, este proyecto de ley mantiene su remisión expresa, nos podríamos encontrar con las dificultades propias de una sociedad anónima de garantía recíproca con capital fijo contractual, más allá de las posibilidades de modificación contractual de dicho capital. Esto es, simplemente, por comparación. Una cooperativa se caracteriza en cuanto es capital variable; es la única modalidad societaria admitida por el Derecho nacional como de capital variable. Por tanto, la forma cooperativa en sí, en este aspecto, no ofrece las limitaciones que advertimos en materia de sociedades anónimas, si no se establece, a su vez, la posibilidad del capital variable en la materia. No creo que la reglamentación pueda establecer una regulación de anónimas de capital variable si ello no está, a su vez, expresado en el texto legal.

Existe una segunda circunstancia, entre tantas otras, que tiene que ver con el hecho de que las sociedades de garantía recíproca, necesariamente, deben prever, ya sea por ley o por estatuto -si la ley así lo habilita- la creación de un Fondo de Garantía Recíproca. Ese Fondo tiene que constituirse de manera diferente a lo que es el mero aporte de capital que hacen los socios para integrar el capital social contractual de las sociedades anónimas. Normalmente, en las sociedades de garantía recíproca, por un lado, los socios o accionistas efectúan

aportes para la integración del capital social, del capital contractual y, a su vez, aquellos socios que tienen interés en que la sociedad anónima de garantía recíproca les sirva de garantía, necesariamente deben efectuar contribuciones para alimentar el Fondo de Garantía Recíproca. En la medida en que nada se prevé en la ley y, a la vez, no hay ninguna remisión en la disposición que se refiere a la reglamentación y cuál es el alcance de la misma en la materia, podemos tener eventuales dificultades reales para poder constituir un Fondo de Garantía Recíproca independiente del capital social.

El tercer planteamiento que haría en esta materia es que, normalmente, en las sociedades de garantía recíproca, cualquiera sea su forma jurídica, operan dos tipos de integrantes. Por un lado, están los llamados socios o accionistas, que son tales, tienen el estatuto de accionistas, con todos sus derechos y obligaciones y, a su vez, son aportantes de capital. Por otro, en este tipo de sociedades, se suele establecer por ley la posibilidad de que terceros que no se integran como socios o accionistas de la sociedad, puedan ser una suerte de socios protectores o socios que sólo asumen la posibilidad u obligación de efectuar aportes de capital para alimentar la estructura financiera de la sociedad anónima de garantía recíproca. Esto, al mismo tiempo, habilita la posibilidad de que terceros, sean de Derecho Privado o de Derecho Público, tengan la posibilidad de integrarse a este tipo de entidades, con el propósito de efectuar estos aportes patrimoniales para formar, mejorar, consolidar y permitir desarrollar la estructura financiera de éstas.

En este aspecto, aquí me quedaría con relación a la sociedad anónima de garantía recíproca, nada más que dejando asentada la observación de que aún en el régimen legal actual y salvo mejor opinión, no hay ninguna norma legal que prohíba hoy día, a una sociedad anónima, tener como objeto social, como actividad propia enmarcada en el mismo, la prestación de servicios de garantía.

No obstante, hay un punto que sí me interesa señalar, aunque también puede ser válido en materia cooperativa. El tema consiste en saber cuál es el objeto de estas sociedades, porque una cosa es decir que su objeto o actividad principal, único y exclusivo, va a ser el otorgamiento de garantías a sus socios o accionistas -o sea, a los que integran la plantilla subjetiva de la sociedad anónima- y una cosa diferente es establecer cuáles son las garantías que este tipo de sociedades normalmente prestan. En el Derecho Comparado e , inclusive, en el proyecto de ley de hace unos cinco o seis años aproximadamente, se planteó la temática, y ella quedó cerrada a lo siguiente: este tipo de sociedades no están habilitadas a otorgar préstamos o créditos a sus socios o accionistas. Pero sí lo están para otorgar garantías, porque eso es lo que dice su propio nombre y la forma de estructuración del sistema. En todo caso, lo que pueden brindar es lo que llamamos fianzas o avales. Las primeras se pueden dar a favor de un socio para presentar ante un tercero, por ejemplo, ante una entidad de intermediación financiera. Y ese es, en definitiva el objeto. Por lo tanto, existe una prohibición de

origen legal en la que se establece que estas sociedades no están habilitadas para efectuar préstamos o conceder créditos, que es una típica actividad eventual de intermediación financiera.

Con respecto a las cooperativas y sin perjuicio de admitir que corresponde que se estructure o se reconozca esa posibilidad legal, quiero recordar que en el medio funciona una sociedad cooperativa de garantía recíproca, conocida con la sigla FOGAR, que tiene estatuto social inscripto en el actual Registro Nacional de Comercio, que opera en tales actividades y de acuerdo a tales principios en el mercado, aun cuando su dimensionamiento resulta todavía negativo en función de razones estrictamente financieras. En esta ley se admite la posibilidad de que se constituyan cooperativas de garantía recíproca. A su vez, hay una norma final en la que se establece que una reglamentación va a determinar la responsabilidad patrimonial neta, los capitales mínimos, etcétera. En este punto advierto -obviamente es un tema sujeto a discusión- que se le aplicarían a una sociedad que ya está funcionando, condicionamientos eventualmente objetivos que surgen de una reglamentación que es muy posterior a su constitución y puesta en funcionamiento. Ignoro en qué medida puede afectar la reglamentación si se establecen criterios que, como cooperativa, no está en condiciones de operar. Sin embargo, este sería un punto de vista meramente práctico.

En definitiva, sobre el capítulo de las sociedades de garantía recíproca planteo la admisibilidad de ambas vertientes, pero opino que si la ley no tiene mayores desarrollos en la materia, no va a permitir, mediante mera vía reglamentaria, que efectivamente operen sociedades anónimas de garantía recíproca en el medio. A la vez, en materia cooperativa, puede plantearse el tema de la eventual retroactividad de nuevos condicionamientos de tipo reglamentario a una forma jurídica que ya está constituida y funcionando. Es cuanto tengo que decir con respecto a este tipo de sociedades que, insisto, son mecanismos viables, aptos e idóneos para facilitar el crédito a pequeñas y medianas empresas, que normalmente no cuentan con las garantías que exige el sistema financiero, como pueden ser hipotecas, prendas, fianzas o avales. Ese sería el objeto específico de este tipo de sociedades y en ese aspecto creo que corresponde apoyarlas, más allá de entender que, aunque sea un tema de política legislativa, son sociedades que para que funcionen razonablemente en el medio necesitarían un esquema legal algo más amplio, dado que sus soluciones pueden no ser compatibles con las soluciones generales de la Ley de Sociedades Anónimas o de la Ley de Sociedades Comerciales, a las que la propia normativa se remite.

Con respecto al segundo gran tema, que es el de las sociedades comerciales, quiero aclarar -seguramente alguno de los señores Senadores presentes conoce el antecedente- que tres de las cuatro normas ya figuraban en

un proyecto de ley de modificación de las sociedades comerciales. Sobre este punto quiero destacar que hubo algunos proyectos originales de reforma sustantiva de la Ley de Sociedades Comerciales, luego de diez años de experiencia en el medio, y fue en la segunda instancia -a la que me refiero- donde se limitaron las posibilidades de la modificación a los efectos de poder obtener razonables consensos. Entonces, de aquel proyecto final o intermedio a que aludo, que modificaba alrededor de diez artículos de la Ley de Sociedades Comerciales, se mantuvieron tres y se agregó un cuarto que no estaba en dicho proyecto. Personalmente, no puedo evaluar en este instante si son estas las disposiciones más urgentes en materia societaria, sobre todo si considero cuáles fueron los motivos por los cuales se estructuraron aquellos diez artículos hará dos años atrás. Cuando se formuló este proyecto, en el que participó un grupo de trabajo que yo tuve la posibilidad de integrar, el tema era, por un lado, asegurarle al mercado una información más aceitada sobre la operatividad de las sociedades comerciales, hacer más transparente la gestión a través de una información generalizada al mercado y, por otro, compatibilizar parte de las disposiciones de la ley con normas contables adecuadas, y particularmente con las llamadas normas internacionales de contabilidad que habían estado siendo aprobadas por el Poder Ejecutivo a través de distintos decretos reglamentarios. Aclaro que no todas ellas han sido aprobadas, sino solamente entre diez y quince de las cuarenta existentes. Reitero, entonces, que a los efectos de compatibilizar el sistema informático en sede de estados contables adecuados, se dispusieron o proyectaron ciertas normas para hacer coherente el sistema de normas contables adecuadas de las sociedades comerciales en general con las normas internacionales de contabilidad, las llamadas NICs.

El tercer objetivo era, de alguna manera, una suerte de puesta al día de alguna de nuestras sociedades comerciales, de acuerdo con las propias exigencias de un mercado integrado y en real proceso de mundialización o de globalización de la economía. Este es el marco de referencia y por eso se estructuraron aquellas disposiciones.

¿Qué fue lo que en definitiva recogió el proyecto y cuáles son, eventualmente, las normas no tomadas en cuenta? Por un lado, tenemos las normas que ya estaban contempladas y fueron corregidas tal como fueron proyectadas en el texto. En la Ley de Sociedades Comerciales tenemos una norma según la cual, salvo algunas excepciones puntuales y establecidas en la propia ley, cada vez que se aumenta el capital social se requiere reforma estatutaria. Tenemos como antecedente dos situaciones en las que no se requiere tal reforma societaria. Uno es el caso de una norma que dice que si el estatuto lo prevé, la sociedad puede aumentar su capital social, su capital contractual, su capital nominal, hasta el quíntuplo del capital contractual original, sin necesidad de reforma ni de autorización administrativa, sino simplemente comunicando a la autoridad administrativa, al órgano estatal de control y, particularmente, al Registro

Nacional de Comercio. A su vez, esa norma se complementa con otra en la que tampoco se requiere reforma estatutaria, como es el caso del aumento obligatorio previsto en el artículo 288 de la Ley de Sociedades Comerciales, según el cual, cuando se produce y se advierte a través de un Estado de Resultado anual que hay un desfase significativo entre patrimonio social y capital social, se trata de incrementar este último hasta una suma determinada para que exista mayor compatibilidad entre el capital nominal y el patrimonio real de la sociedad. En ese caso tampoco se requiere autorización administrativa, sino que es decisión del Directorio, advertido por el propio balance general, lo que también se comunica al Registro Nacional de Comercio.

Con estos dos antecedentes se advirtió que existen elementos como para sostener que en caso de aumento del capital social no se requiere reforma estatutaria en ninguno de los casos. Quiere decir que implica una forma de ampliación en términos de aumento de capital social, con independencia de los dos casos específicos ya admitidos por la ley en una solución que se extendería a todos los casos de aumento de capital.

Por otra parte, hay una modificación importante -que obviamente es discutible, cualquiera sea la solución- en lo que tiene que ver con el caso de que se plantee una reforma estatutaria en lo que el artículo 362 de la ley llama "supuestos especiales". Se trata de reformas estructurales de carácter sustantivo, que requieren mayorías determinadas -normalmente la mitad más uno de acciones con derecho de voto- y en esos casos, obviamente hay que procesar la reforma. Pero no sólo hay que procesar la reforma, sino que también hay que reconocer al accionista disidente, al ausente y al presente que se abstuvo de votar, el derecho de receso. Si un accionista manifiesta su rechazo y queda registrado en el Acta de la Asamblea de Reforma que, no obstante haber sido aprobada por mayoría, él se opuso a la misma, se abstuvo de votar o estuvo ausente, dentro de los treinta días siguientes a la Asamblea ejerce ese derecho de receso. ¿Y qué significa este derecho? De acuerdo con lo que aquí figura, se aplica el artículo 154 de la ley, según el cual hay que preparar un balance especial a los efectos de determinar el patrimonio de la sociedad, así como la cuotaparte que le corresponde al accionista recedente en el patrimonio social; quiere decir que su participación social se expresa en virtud de lo que le corresponde de sus acciones en el patrimonio de la sociedad, y lo que recibe es con respecto a esa parte. La sociedad dispone de un año para poder pagarle y, a su vez, él tiene el derecho de impugnación judicial en caso de no estar de acuerdo con dicho valor patrimonial.

Ahora bien; en la práctica se había observado que hay sociedades que muchas veces no están en condiciones de realizar esta reforma porque les consta la existencia de accionistas, normalmente minoritarios, que no están de acuerdo con la reforma, que se abstienen de votar o que están ausentes, pero que luego, si

la reforma es aprobada, ejercen el derecho de receso. En la medida en que hay que reintegrar al accionista la parte que le corresponde en el patrimonio social -lo que sus acciones representan en el patrimonio social- si varios accionistas ejercen el derecho de receso, puede suceder que aquel aumento de capital social previsto para el desarrollo de las actividades productivas de la empresa societaria resulte bloqueado debido al alto número de accionistas recedentes, lo que hace que la sociedad no esté en condiciones de efectuar dicho aumento; si lo hiciera, con el proceso de reintegro podría neutralizarse dicho aumento de capital social.

¿Qué se previó como solución? En este caso habría que advertir que hay sociedades anónimas que cotizan acciones en un mercado formal, como puede ser la Bolsa de Valores de Montevideo o cualquier otra, y es posible que algunas de esas sociedades -llamadas "abiertas" porque recurren al ahorro público para constituir o aumentar su capital social, cotizan acciones en Bolsa, emiten obligaciones negociables mediante oferta pública de valores o son sociedades controlantes o controladas de sociedades controlantes o controladas, que también son abiertas- en la medida en que cotizan acciones en Bolsa por mera aplicación automática de la norma, muchas veces lo hacen a un valor muy inferior al patrimonial.

En esta materia, desde el punto de vista dogmático, normalmente hay cuatro formas de avaluar las acciones de un accionista en una sociedad anónima. Por un lado, existe un valor nominal. La sociedad tiene un capital contractual y uno nominal, y la sumatoria de los montos de las acciones es igual al capital social. Entonces, el valor nominal de las acciones corresponde a la parte proporcional del valor nominal del capital contractual, que es estrictamente formal, porque no responde a criterios patrimoniales contables ni de mercado.

También se maneja un segundo valor, que es el contable. Este supone el valor de las acciones en función del estado de situación patrimonial y del estado de resultados de la empresa. Pero a los efectos de determinar el valor contable de las acciones -en definitiva, el valor contable de la empresa- dicho valor debe ajustarse a normas contables adecuadas, y puede llegar a suceder que ciertos aspectos del valor patrimonial de la sociedad no queden representados en el valor contable. Por ejemplo, a veces existen problemas para poder determinar, de acuerdo con normas contables adecuadas, el valor de los llamados "intangibles"; ¿cuánto vale una marca de fábrica, una marca de servicios, una patente o una licencia de tecnología? Es muy difícil precisar esto y, en consecuencia, normalmente no se establecen criterios en normas contables adecuadas. Otro ejemplo puede ser el tema del valor llave, es decir, ese "surplus" que hace que la empresa tenga un mayor valor con respecto a otras de similares características. El valor llave constituye un "surplus" y no existen formas estrictas de contabilizarlo, al punto que las disposiciones internacionales de contabilidad descartan toda posibilidad de establecer el valor llave de una empresa mediante esta vía. Por lo



tanto, existen ciertos valores que no se ven reflejados en los estados contables. Podría decir más; tenemos esquemas de amortización, unas veces acelerada y otras no. Por ejemplo, en un estado contable puede figurar un automóvil con el cien por ciento de su valor, al segundo año se amortiza un veinte por ciento y, de pronto, se llega al quinto año con un vehículo que no tiene valor desde el punto de vista contable, más allá de que en el mercado sí pueda tenerlo. Lo mismo puede suceder con una máquina industrial o algún tipo de tecnología, que tienen plazos de amortización mediante normas contables adecuadas.

El tercer valor que se maneja es el patrimonial. El valor patrimonial de una acción se corresponde con el de la empresa. Esto hace a un proceso o método muy técnico por el cual se establece, en definitiva, el valor de una empresa. Obviamente, no es muy fácil establecerlo, más allá de que existan metodologías contables a esos efectos para determinar cuánto vale una empresa en el mercado nacional o internacional.

En nuestra opinión, ese es el criterio que se maneja en el artículo 154 para poder determinar el valor de una acción del socio o accionista que ejerce el derecho de receso, por ejemplo, en el caso de aumento de capital. Esto, sin perjuicio de tener presente que muchas veces, como hay que hacer un balance que establezca el valor patrimonial y dicho balance frecuentemente responde a normas contables adecuadas, no necesariamente aparecen algunos de estos valores intangibles. Pero para ello existe la vía judicial de impugnación.

El cuarto valor es el de la oferta y la demanda. ¿Cuánto vale una acción de determinada sociedad anónima cuando ella se cotiza en el mercado? Lo que el mercado ofrece, y ese valor se establece en función del libre juego de la oferta y la demanda. En definitiva, se trata de un valor real, no es el valor patrimonial, el valor contable ni el valor nominal, sino que es el valor real en función de lo que el mercado está dispuesto a pagar por dicha acción. Muchas veces se pensó que el valor patrimonial que responde a normas contables puede ser muy superior al valor efectivo de la acción en el mercado, y esa relación puede ser aun mayor de diez a uno. Reitero que, de acuerdo con el libre juego de la oferta y la demanda, la acción en el mercado formal muchas veces se cotiza muy por debajo del valor patrimonial de la sociedad. Entonces, se pensó -como una fórmula o una válvula de escape para aquellas sociedades que quisieran aumentar el capital social, entre otros posibles supuestos- que el accionista, en definitiva, tenía una alternativa para obtener o recuperar el valor de su acción para el caso de que no estuviere de acuerdo con aquella reforma de aumento de capital. Concretamente, tenía el escape que le daba el mercado formal a los efectos de poder circularizar y negociar su accionar. Esto significa, obviamente, en un realismo no mágico, que muchas veces puede suceder que el valor de mercado sea efectivamente muy inferior al valor patrimonial; en definitiva, se estaría negando el derecho de receso en este caso. Pero la negativa estaría basada en la posibilidad que existe de

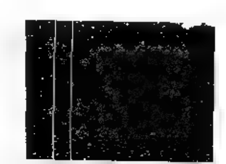
obtener el valor de su acción de acuerdo con el precio establecido en el libre juego del mercado, esto es, la oferta y la demanda en un mercado bursátil. La justicia o injusticia de la solución queda sometida al criterio político. Por nuestra parte, defendemos esta solución porque pensamos que es racional, es decir, no se advierte por qué razón se le debe pagar al accionista en una sociedad anónima abierta, con acciones que cotizan en Bolsa de acuerdo con el valor patrimonial. Sabido es que éste resulta muy superior al valor real, entendiendo como valor real el resultante –insisto- de las leyes del mercado.

Se trata de un tema discutible, con respecto al cual pueden sostenerse, efectivamente, ambas posiciones, más allá del hecho de que estimamos que ésta es la adecuada.

Es claro que debe advertirse que siempre queda una consecuencia. Si yo proceso un aumento de capital y hay accionistas recedentes, puede ocurrir que sean de tal impacto que no pueda procesarse ese aumento de capital. Es, entonces, que la propia ley actual ofrece una salida: dejar sin efecto la reforma estatutaria. La sociedad, frente al derecho de receso, tiene la réplica. Se deja sin efecto, por asamblea, esa reforma y, en consecuencia, nuevamente se bloquean aquellas soluciones que hacen al desarrollo empresarial de las sociedades comerciales. Acá tengo que presuponer que la sociedad comercial es una forma, pero simplemente la forma jurídica dentro de la cual se integra, se maneja y se organiza la empresa uruguaya o aquella constituida en el exterior; es decir, estamos hablando de un mero marco formal. Lo que nos interesa destacar –por lo menos, en lo personal- es que aquí estábamos tratando de apuntalar a la empresa en el mercado, más que a la forma societaria de sociedad comercial.

La tercera reforma que estaba prevista tiene que ver con la obligación de reserva de la información. En el esquema actual, se advierte que hay dificultades entre los organismos públicos en lo que refiere a la comunicación de información, en aplicación del principio de la reserva. Entonces, esta disposición se proponía habilitar la posibilidad de intercomunicación de los organismos públicos, a los efectos de cruzar información con respecto a una misma empresa.

Hubo un agregado que es en verdad discutible; personalmente, puedo tener dudas sobre el mismo en el sentido de que esto no abarca a las entidades u organismos de carácter tributario. Si lo leo textualmente, tal como aparece incorporado al Proyecto de Ley de Urgencia, parecería que podría haber cruzamiento de información; no lo podría haber con un organismo tributario, particularmente cuando está en proceso una eventual sanción administrativa de naturaleza tributaria. Pero este es un punto sobre el cual correspondería pronunciarse desde el punto de vista político más que desde el estrictamente técnico si lo que se quiere, efectivamente, es que la Auditoría Interna de la Nación, la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social tengan información

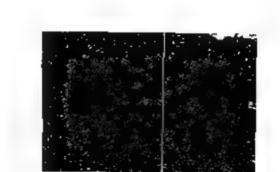


relativamente similar sobre una misma empresa. Se trata de un tema que, obviamente, está sujeto a cuestionamiento.

La cuarta disposición incorporada al proyecto de ley no tiene antecedentes en la iniciativa intermedia que se había elaborado, con nuestra colaboración, en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas. Es una norma vinculada con sindicación de acciones; esto es, tiene que ver con estos convenios autorizados por el Legislador de la Ley de Sociedades Comerciales. Esta Ley admite que los accionistas puedan convenir, a través de convenios privados, la forma de tomar decisiones, ya sea en un Directorio, en una asamblea o en la propia elección de los administradores o directores de sociedades anónimas; en definitiva, tomar decisiones antes de la asamblea, antes de una reunión de directorio, a través de un convenio privado que no necesita ser publicitado. El artículo Nº 331 de la actual Ley de Sociedades Comerciales, admite tanto los convenios estrictamente privados, válidos en otras partes, como aquellos que se dan a conocer a la sociedad y, en consecuencia, sus cláusulas les son oponibles a la misma. Según las experiencias que manejamos, verdaderamente conocemos pocos casos en los que a estos convenios se les dé ese tipo de publicidad.

En esta materia, la norma actual tiene una disposición que limita la vigencia de estos contratos privados -sean secretos o no- que es de cinco años. En lo personal, siempre tuve cuestionamientos a plazos contractuales establecidos por la ley, pensando siempre que todos los contratos deben tener plazo. Puede admitirse la denuncia del contrato, la prórroga automática del mismo, si no hay denuncia, pero, en definitiva, el plazo del contrato debe ser establecido por las propias partes. Reconozco no entender por qué a un contrato se le establece un plazo legal cuando particularmente no afecta el interés público. La Ley de Sociedades Comerciales es el único ejemplo de norma que establece un plazo a las sociedades, sin perjuicio de prórrogas; es el plazo normal de las sociedades comerciales, que es de treinta años en la Ley Societaria. Pero en materia de sociedades anónimas, la ley uruguaya se inclina por no establecer plazo de duración. Entonces, ¿por qué cinco años? ¿Por qué 10? ¿Por qué 15? Normalmente, estos convenios se orientan, ya sea a que una mayoría esté unificada y tenga mayor capacidad de negociación en el ámbito interno de la sociedad o a agrupar socios minoritarios para evitar la atomización del voto y para que esos socios, reunidos, tengan mayor fuerza o capacidad de negociación en el ámbito interno de la sociedad. Muchas veces, estos pactos son tomados por las mayorías sociales incluso hasta por unanimidad, porque lo que les interesa, en particular, en términos muy "optimísticos" -por decirlo de alguna manera- que hacen a una realidad, es el desarrollo de la empresa.

Y aquí volvemos a plantear el tema. Si quiero desarrollar una empresa, quiero hacer inversiones en la sociedad, esos desarrollos no maduran rápidamente; el proceso de maduración de una inversión puede durar dos, cinco o



diez años. Las inversiones maduran en el largo plazo. Normalmente, en el ámbito de la economía de mercado en la que estamos insertos, para que la sociedad coopere, realmente hay que proyectar, permanentemente, inversiones.

En consecuencia, estos contratos establecen plazos a efectos de que durante los mismos, efectivamente, pueda madurar el desarrollo empresarial de la sociedad comercial. Entonces, y muy en lo personal, me inclino a que la ley no deba establecer plazos legales; incluso, debo decir que el de quince años me resulta bastante discrecional -insisto- como cualquier otro plazo, ya sea de cinco años, como el de este caso, o de treinta años, como figura en la Ley de Sociedades Comerciales, lapso que no se aplica en las sociedades anónimas. En lo que tiene que ver con el plazo de quince años, se me ocurre que lo más parecido es el plazo que rige para los contratos de arrendamientos. Personalmente, desconozco las razones por las cuales se quiere volcar la experiencia en materia de contratos de arrendamiento a los de sindicación de acciones.

Como conclusión debo insistir en que, en este tipo de sociedades, los contratos tienen que establecer plazos libremente basados en la autonomía de la voluntad, los cuales pueden ser prorrogados, salvo denuncia, aplicando los mismos criterios que existen en materia de sociedades comerciales en general. Debe tenerse en cuenta que los convenios de sindicación no son otra cosa que convenios parasocietarios entre accionistas, realizados, de alguna manera, paralelamente a sus resoluciones en el ámbito de la sociedad.

Me he referido a las cuatro disposiciones que se han incorporado, pero pido que se tenga en cuenta que hay muchas que no fueron incluidas en este proyecto de ley. Desde un punto de vista muy personal, tal vez podría pensar que si bien son disposiciones que no corresponden a una ley de urgencia, podrían modificarse como, por ejemplo, las correspondientes a la Ley de Sociedades Comerciales llevándolas a un régimen más acotado. En verdad, nunca hemos entendido por qué el Uruguay se apartó de las soluciones extranjeras. Muchas veces hablamos de capitalizar la sociedad pero, en los hechos, la legislación respecto de las sociedades anónimas establece que sólo tienen que suscribir el 50% del capital nominal e integrar solamente el 25%. Si en la actualidad el capital nominal básico es de aproximadamente U$S 50.000, alcanza con integrar formalmente U$S 12.500 para que la sociedad esté legalmente constituida. Sin embargo, ninguna norma establece que los accionistas tienen que suscribir en un determinado plazo el 100% del capital social o que tienen que integrar en cierto plazo el 100% ya sea del capital suscrito o del nominal. No tenemos demasiados antecedentes de normas en las que no se obligue a las sociedades anónimas a integrar efectivamente y suscribir el 100% del capital. Cabe aclarar que esta norma figuraba en el proyecto original intermedio, pero no ha sido incluida en éste.

En materia de información, por ejemplo, había una norma referente a una situación que se presenta a veces en el país y otras en el exterior, que tiene que ver con las llamadas Sociedades Financieras de Inversión regidas por la Ley Nº 11.073 de 1948. Concretamente, esta norma se refiere a las sociedades constituidas en el país cuyo principal objeto o actividad se desarrolla en el exterior. Son sociedades que se forman como sociedades anónimas, con ciertas preferencias, pero en definitiva, llegado el caso, no se sabe quiénes son los directores y no se conocen los estados contables porque, precisamente, no existe una normativa que obligue a ello. En su momento, con un equipo de trabajo, habíamos pensado que podría ser interesante que el Estado, a los efectos de dar seriedad a las sociedades financieras de inversión, exigiera una información mínima para saber, reitero, quiénes son los directores, conocer los estados contables, etcétera.

En relación con este tema, quisiera mencionar también que las sociedades SAFIS en el Uruguay, en la actualidad, compiten con las que ya existen a nivel de 35 ó 40 países en el mundo. Pensamos que para que nuestro país tenga un carácter serio y solvente en esta materia a nivel internacional, sería importante evaluar la posibilidad de que terceros países conozcan que nuestras SAFIS no sólo se constituyen de acuerdo a la Ley de Sociedades Comerciales –no sólo pagan impuestos- sino también están sometidas a cierta fiscalización del Estado en materia de información.

Del mismo modo, podría seguir reproduciendo otras normas que estaban particularmente orientadas a la compatibilización de la información de las sociedades con normas internacionales de contabilidad, que no han sido incluidas en este proyecto de ley.

SEÑOR RUBIO.- Sin olvidarme de las dificultades de funcionamiento que podamos tener debido a que el Senado ha sido convocado a la hora 16, quisiera señalar que, en realidad, muchas de las observaciones y sugerencias que hace el doctor Rippe estaban contenidas en el proyecto intermedio, en la parte de sociedades comerciales, por lo que si se desea se puede recurrir a ese texto y tomar elementos.

Sin embargo, en lo que se refiere a las importantes observaciones que planteó sobre la facilitación del crédito, en particular, sobre las sociedades anónimas, creo que sería conveniente que pudiéramos contar con algún borrador que pudiera contribuir con nuestro trabajo.

SEÑOR RIPPE.- Respecto a eso, solicitaría algo de tiempo que, como todos sabemos, en términos comerciales suele ser corto.

En otro orden de cosas, quisiera señalar que el artículo 23 del proyecto de ley implica una modificación a una norma del Código General del Proceso. Tal como lo interpreto, la derogación de esa disposición significaría que no se

aplicaría en el caso de compra de unidades de transporte la norma que establece que no pueden ser alcanzadas por medidas cautelares para que puedan seguir funcionando. Asimismo, las medidas cautelares podrían funcionar cuando el título que se presenta es una compra–venta, en cuyo caso, hay un saldo de precio y se debe o se pretende ejecutar la unidad de transporte, a lo que debería agregarse que no correría la inhibición. Este es un tema de estricta política legislativa. Como antecedente de esta norma tenemos el Código General del Proceso que estableció que en este tipo de situaciones, como en otras, no se detuviera el funcionamiento de la unidad por razones de servicio público. No debe pensarse que el antecedente es de 1989; por el contrario, lo ubicamos en el artículo 885 del Código del Procedimiento Civil del año 1883. De modo que ya en ese Código del siglo XIX, se planteaba que no se inmovilizaran bienes que estuvieren aplicados a una utilidad pública. En ese entonces, no se utilizaba la expresión "servicio público", sino "utilidad pública".

Por lo tanto, lo que hizo el Legislador de 1989 –texto más, texto menos- fue tomar una norma centenaria, que a su vez debe tener muchos precedentes.

El hecho de establecer que en el caso específico de saldos de precio de unidades de transporte debe garantizarse el crédito por sobre el servicio –porque, en definitiva, esa es la opción- no es un tema estrictamente técnico, sino de política legislativa. De lo que se trata, entonces, es de saber a quién se beneficia en determinada instancia: ¿al acreedor, que es supuestamente el vendedor de la unidad, o al servicio público del caso?

Rápidamente, quisiera darles una opinión de Cátedra sobre la defensa de la competencia. En lo personal, pienso, una vez más, que el derecho a la competencia es propio de una ley; obviamente, debe tener una base legal. ¿Por qué? Porque el principio de la libertad de competencia se ha establecido en la Constitución de la República y, por lo tanto, cualquier restricción o regulación en la materia, implica una ley.

Ahora bien, en materia de defensa de la competencia, hay que tener presente que el artículo básico de este proyecto descansa fundamentalmente en el texto de la ley española de 1988; diría que es prácticamente textual. Esto puede detectarse simplemente por una expresión, puesto que normalmente en Derecho Societario no utilizamos el término "empresas", mientras que la ley española habla de las "empresas".

Debemos tener en cuenta que en el ámbito del MERCOSUR, tanto Brasil como Argentina cuentan con afinadas leyes en materia de derecho de la competencia y que existe, además, un proyecto de protocolo de defensa de la competencia en el MERCOSUR sujeto a ratificación parlamentaria.

La norma, tal cual está estructurada, es muy modesta en términos de defensa de la competencia. Las leyes de defensa de la competencia no sólo establecen conductas prohibidas sino aquellas que implican abuso de posición dominante y, a la vez, regulan todo lo relacionado con el monopolio. Además establecen una unidad administrativa normalmente reguladora de todo el sistema de defensa de la competencia; plantean un sistema de solución de conflictos y también sanciones civiles en términos generales.

Pienso que el proyecto, tal como está estructurado, es muy limitado en lo que entiende que son conductas prohibidas al compararlo con cualquier texto legal de los países vecinos, incluso el Protocolo del MERCOSUR.

Por otro lado se dice que se prohíben tales conductas, pero no se advierte –salvo que sea un error o una omisión mía— cuáles son las sanciones. Entonces, cuando se prohíbe, hay que tener en cuenta que para que la prohibición opere necesita el respaldo de una sanción, ya que de nada sirve prohibir si alguien lleva adelante determinada conducta y no es sancionado. Por eso la sanción tiene que ser de base legal, ya sea recurriendo al Código General del Proceso que en determinado caso expresa el cese de una conducta bajo la forma de una medida cautelar como objeto principal del juicio, o al Código Civil en el artículo 1321 que alude al abuso de derecho. De modo que se podría preguntar para qué se tiene una definición legal de derecho de la competencia. Reitero que las sanciones son de base legal y obviamente debería manejarse con igual criterio que en el sistema internacional; por ejemplo, el tema de las sanciones pecuniarias, eventuales daños y perjuicios, etcétera. Creo que es una limitante de la ley y que la reglamentación no va a poder imponer sanciones a conductas anticompetitivas. Me parece que el régimen sancionatorio en el Uruguay debe tener una seria base legal.

Por el otro lado pienso que, tal como está redactado, está bien. Se prevé el arbitraje como forma de resolver conflictos pero hay que tener presente que se diga o no; el Código General del Proceso prevé este mecanismo y, en consecuencia, las partes igual podrían ir con o sin norma.

Por último, está lo relacionado con el acotamiento a lo que es defensa de la competencia. Se dice que las conductas prohibidas sólo operan como tales cuando afectan el interés general. En este tiempo no pude rastrear qué base de Derecho Comparado tiene esta normativa. El sistema general jamás habla del interés general, porque conductas entre dos empresas que son de tipo colusorio, que afectan tanto al mercado como a la competencia entre competidores, puede que no afecten el interés general pero sí el interés particular de un grupo o un gremio de empresas. Más allá de que se plantee en la ley que se afecte el interés general, creo que va a existir un gran problema a la hora de interpretar la norma. ¿Qué es interés general? ¿Quién va a dictar la resolución? ¿Será el Poder Ejecutivo a través de la Unidad que se cree, o corresponde al ámbito del Poder

Judicial? Recuerden que en materia de defensa de la competencia se maneja el interés en función del mercado relevante para ese tipo de productos o de servicios.

Sobre este tema se podría hablar durante horas pero creo que no es el caso sino que simplemente se trata de apuntalar algunas ideas.

Agradezco a la Comisión y quedo a su disposición.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos la presencia en Sala del doctor Rippe.

Quiero aclarar a los señores Senadores que hemos acordado con la próxima delegación que nos aguardarían el tiempo que sea necesario para que se procese la sesión del Senado, tras cuya finalización volveremos al seno de esta Comisión.

La Comisión de Constitución y Legislación pasa a cuarto intermedio.

(Así se hace. Es la hora 16 y 9 minutos)